

## Schwerpunktbereich

### Information und Kommunikation

Dr. Claudio Franzius\* und Anna Schimke

# Abschlussklausur: Die Tagesschau-App

DOI 10.1515/jura-2016-0130

*Diese Original-Abschlussklausur richtete sich an Studierenden des Schwerpunktbereichs »Information und Kommunikation« an der Universität Hamburg. Dieser Schwerpunkt gehört zu den Säulen der Hamburger Fakultät und die Ergebnisse der einen erhöhten Schwierigkeitsgrad aufweisenden Klausur waren mit einem Durchschnitt von 7,7 Punkten erfreulich. Behandelt wird mit der Tagesschau-App ein aktuelles Thema im Spannungsfeld von Rundfunk- und Presserecht. Ungewohnt ist die verwaltungsprozessuale Fragestellung, weil der einer Entscheidung des LG Köln nachgebildete Fall vor den Zivilgerichten ausgetragen und bekannt wurde. Die Lösung geht über das in der Klausur Erwartete hinaus und ist um weiterführende Hinweise ergänzt.*

## Aufgabe 1

Die Z. AG, ein großer Presseverlag (Z), sieht sich durch die Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht. Der Norddeutsche Rundfunk (NDR) hatte ein Telemedienkonzept für das Angebot »tagesschau.de« entwickelt, das nach Durchlaufen des Drei-Stufen-Tests gemäß § 11f RStV von der Niedersächsischen Staatskanzlei als zuständiger Rechtsaufsichtsbehörde mit Bescheid vom 17.8.2010 freigegeben wurde. Als Ergänzung dieses Angebots wurde ab dem 21.12.2010 die »Tagesschau-App« zum Download angeboten. Hierbei handelt es sich um eine auf die Betriebssysteme von Smartphones und Tablet-PCs angepasste kostenlose Anwendungsdatei, aus der heraus direkt auf die Inhalte von »tagesschau.de« zugegriffen werden kann. Bis

auf technisch bedingte Anpassungen an die Hardware sind die Inhalte identisch.

Auch Z hat unter ihren Produkten eine kostenpflichtige Online-Nachrichten-App, die sehr erfolgreich gestartet ist, aber seit Inbetriebnahme der Tagesschau-App nur noch mit rückläufiger Tendenz aus dem Internet geladen wird. Z hält das Angebot der Tagesschau-App mit dem gesetzlichen Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für unvereinbar und somit für rechtswidrig. Hierfür werden drei Gründe genannt:

*Erstens* verlange die Tagesschau-App eine eigenständige Prüfung, was nicht geschehen sei. Statt am Morgen eine Zeitung zu kaufen, werde auf dem Handy die Tagesschau-App aufgerufen. Weil auf diese Weise auch von unterwegs auf die Informationen zugegriffen werden könne, gehe dieses Angebot über das Angebot der »tagesschau.de« hinaus. Deshalb könne die Tagesschau-App nicht als technische Anwendung von der Freigabe des im Drei-Stufen-Test geprüften Angebotes der »tagesschau.de« umfasst sein.

*Zweitens* sei diese Prüfung schon deshalb rechtswidrig, weil das kostenlose Angebot der Tagesschau-App die Z mit ihren kostenpflichtigen Angeboten vergleichbarer Applikationen im Wettbewerb gefährde. Ein Verständnis des Drei-Stufen-Tests, das den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen »Blankoscheck« für ihre Online-Präsenz gebe, sei verfehlt und bringe die freie Presse in wirtschaftliche Schwierigkeiten, zumal es sich bei der Tagesschau-App um kein sendungsbezogenes Angebot handele.

*Drittens* weise die Umsetzung des Konzepts in der Ausgabe vom 15.6.2011 eine Vielzahl an zeitungähnlichen Textbeiträgen auf, die – was zutrifft – in breiter Form das jeweilige Thema abhandeln und nicht in jedem Beitrag auf weitergehende nicht-textbasierte Informationen an anderer Stelle verweisen, somit auch kein Bedürfnis nach weiterer Information wecken. Z sieht in dieser Ausgabe ein nichtsendungsbezogenes presseähnliches Angebot, das »presseersetzend« wirke und deshalb unzulässig sei.

Der NDR hält die vorgetragenen Gründe für nicht stichhaltig und erwidert, die Tagesschau-App gehe mit ihren Inhalten nicht über das Angebot der »tagesschau.

\*Kontaktperson: Claudio Franzius, der Autor ist Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin und Vertreter eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Hamburg.

Anna Schimke, die Autorin ist Absolventin des Schwerpunktbereichs »Information und Kommunikation« und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Hamburg.

de« hinaus, das als nichtsendungsbezogenes Portal konzipiert und genehmigt worden sei. Dieses Telemedienkonzept habe der Rundfunkrat in seiner für maßgeblich gehaltenen Gesamtheit aufgrund der Kombination von Standbildern, Texten, Audios, Videos, Verlinkungen, Blogs und anderen interaktiven Elementen nach Gestaltung und Inhalt als multimediales Angebot angesehen. Z verkenne die Funktion des Drei-Stufen-Tests, der nicht den Beitrag des Angebots zum wirtschaftlichen, sondern zum publizistischen Wettbewerb prüfe und ergeben habe, dass von dem Angebot ein publizistischer Mehrwert erwartet werden könne. Dabei seien die marktlichen Auswirkungen berücksichtigt worden. Von einem »Durchschlagen« auf die wirtschaftliche Situation der Z könne keine Rede sein. Zudem sei mit der Entscheidung der Niedersächsischen Staatskanzlei abschließend über die Zulässigkeit des Angebots entschieden worden. Deshalb könne eine einzelne Ausgabe der Tagesschau-App nicht am Maßstab des § 11 d II Nr. 3 RStV überprüft werden. Hilfsweise trägt der NDR vor, dass auch die Ausgabe vom 15. 6. 2011 durch zahlreiche audiovisuelle und interaktive Elemente eine multimediale Gestaltung aufweise, weshalb die Umsetzung des Konzepts an diesem Tag unbeschadet der etwaigen Presseähnlichkeit einzelner Beiträge nach dem objektiven Gesamteindruck nicht als presseähnlich angesehen werden dürfe.

### **Handelt es sich bei der Tagesschau-App vom 15. 6. 2011 um ein rechtmäßiges Angebot des NDR?**

#### **Aufgabe 2**

Z möchte gerichtlich gegen die Konkurrenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vorgehen. Sie fragt nach der Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage. Sollte eine Klage gegen die »Freigabeentscheidung« der Niedersächsischen Staatskanzlei unzulässig sein, so müsse jedenfalls die konkrete Umsetzung des freigegebenen Konzepts hinsichtlich der presseähnlichen Ausgabe der Tagesschau-App vom 15. 6. 2011 vor dem Verwaltungsgericht angreifbar sein.

**Prüfen Sie die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage. Die Wahrung der Fristen ist zu unterstellen.<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Die Originalklausur enthielt noch eine dritte Aufgabe. Zu prüfen war ein Unterlassungsanspruch analog § 1004 BGB und die Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts der Z durch einen anderen Presseverlag. Hier ergaben sich jedoch keine größeren Probleme. Insgesamt lag der Schwerpunkt mit einer Gewichtung von 50 % auf der ersten Frage, so dass hier sauber gearbeitet werden musste

#### **Lösungshinweise**

##### **Aufgabe 1**

## **I. Verstoß gegen § 11 f RStV?**

### **1. Fehlende Durchführung des Dreistufentests?**

#### **a) Telemedium im Sinne des § 11 d RStV**

Als journalistisch-redaktionell veranlassetes und gestaltetes Angebot ist die Tagesschau-App ein Telemedium im Sinne des § 1 I TMG, wird jedoch nach §§ 2 I 3, 11 a I RStV der rundfunkrechtlichen Regulierung unterworfen. Dass die App keinen ausschließlichen Sendungsbezug aufweist, spricht nicht gegen ihre Einbeziehung zum Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach § 11 I RStV. Das als »Dreistufentest« bekannte Verfahren nach § 11 f RStV zeigt, dass auch nichtsendungsbezogene Telemedien vom gesetzlichen Rundfunkauftrag umfasst sein können.

Der Dreistufentest ist für Telemedien durchzuführen, die nicht bereits gemäß § 11 d II Nr. 1 und Nr. 2 RStV kraft Gesetzes dem Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zugewiesen sind. Testpflichtig sind, wie sich aus § 11 d II Nr. 3 Hs. 1 RStV ergibt, insbesondere solche Telemedien, die nichtsendungsbezogene Inhalte aufweisen und damit in Konkurrenz zur Presse treten können. Solche Telemedien dürfen von den Rundfunkanstalten nur angeboten werden, wenn sie den »Dreistufentest« nach § 11 f IV-VII RStV durchlaufen haben. Diesem Verfahren kommt eine Doppelfunktion zu: Einerseits spezifiziert es die Kontrollfunktion der Rundfunkräte als Herren des Verfahrens. Andererseits dient es aber auch der Konkretisierung des Rundfunkauftrags für das Angebot von Telemedien.

***Hinweis:** Der Dreistufentest ist ein Verfahren zur Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für das Angebot von Telemedien. Hintergrund ist das Spannungsverhältnis zwischen Europarecht und nationalem Rundfunkverfassungsrecht. Fordert das Unionsrecht einen hinreichend klaren Betrauungsakt, um die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit Gebühren bzw. Beiträgen nicht als Beihilfe im Sinne der Altmark-Trans-Kriterien (EuGH Rs C-280/00 Altmark Trans, Slg 2003, I-7747 Rn. 87f.) einzuordnen, so verlangt das verfassungsrechtliche*

(die zweite und dritte Aufgabe wurde mit jeweils 25 % gewertet). Dieser Schwerpunktsetzung folgt die nachfolgende Lösung, wobei die Hinweise zum Ziel haben, die komplizierte Normstruktur verständlich und für die Fallbearbeitung handhabbar zu machen. Darüber hinaus soll ein Problembewusstsein für Rundfunk und Presse im Internet geschaffen werden.

*Gebot der Staatsferne des Rundfunks die Absicherung seiner Autonomie. Der Dreistufentest für nichtsendungsbezogene Telemedien soll der Auflösung dieses Spannungsverhältnisses dienen. Vorgreiflich ist jedoch die Frage, ob es sich überhaupt um ein testpflichtiges Angebot handelt, das als neues oder verändertes Angebot der Durchführung des Dreistufentests bedarf.*

## b) Neues oder verändertes Angebot?

Für das Angebot der Tagesschau-App wäre der Dreistufentest durchzuführen, wenn es sich dabei um ein neues oder verändertes Angebot im Sinne des § 11 f III RStV handelt.

Das LG Köln führt dazu aus: »Die Angebote tagesschau.de und Tagesschau-App stellen nicht unterschiedliche Angebote dar, die jeweils getrennt durch Telemedienkonzepte darzustellen, zu prüfen und zu genehmigen gewesen sind. Es handelt sich vielmehr um ein einheitliches Angebot, das lediglich technisch so aufbereitet wurde, dass es auch mit Smartphones und Tablett-PCs möglichst optimal nutzbar ist.« Es mag sein, dass die Presse in zunehmenden Umfang internet- bzw. smartphonefähige Applikationen bereitstellt, um an diesem Markt teilzuhaben und ihr Angebot gegen Entgelt anzubieten. Dies führe jedoch zu keiner anderen Art von Telemedium im Sinne der gesetzlichen Vorschriften. Denn es könne nicht darauf ankommen, ob auch die Presse neue Marktchancen für sich nutzen möchte. Abzustellen ist vielmehr auf die inhaltliche Ausgestaltung des Angebots und anhand der gesetzlichen Vorgaben ist zu prüfen, ob dies den Vorgaben entspricht. Wollte man dies anders sehen, wären Telemedien schon immer dann unzulässig, wenn die Presse ansatzweise ähnliche Inhalte anbieten würde.<sup>2</sup>

Zwar liegt ein verändertes und damit testpflichtiges Angebot gemäß § 11 f III 2 RStV insbesondere dann vor, wenn die angestrebte Zielgruppe verändert wird. Das wird man allein deshalb, weil von unterwegs die Informationen abgerufen werden können, aber nicht behaupten können. Es mag zutreffen, dass die Tagesschau-App überwiegend von Jugendlichen abgerufen wird. Ob darin eine Veränderung der Zielgruppe gegenüber der Nutzung des freigegebenen Konzepts von »tagesschau.de« gesehen werden kann, ist jedoch zweifelhaft. Nach der Verfahrensfestlegung für die ARD-Gemeinschaftsangebote<sup>3</sup> ist eine Veränderung der angestrebten Zielgruppe anzunehmen,

wenn ein signifikanter Wechsel in der Altersstruktur intendiert ist. Das ist ungeachtet der Zweifel, ob die Konkretisierungsbefugnis des § 11 f III 1 RStV dem Gesetzesvorbehalt genügt<sup>4</sup>, ausweislich der aufgestellten Kriterien zum Beispiel beim Wechsel von einem Kinderprogramm zu einem Seniorenprogramm der Fall. Eine solche Veränderung wird man in der umgekehrten Richtung selbst dann, wenn die App tatsächlich überwiegend vom jüngeren Publikum genutzt wird, kaum annehmen können.

Demnach ist festzuhalten: Als lediglich mobile Übertragungsform des Online-Angebots der »tagesschau.de« wird die Tagesschau-App vom durchgeführten Dreistufentest erfasst. Die Aufgreifschwelle für den Dreistufentest aufgrund eines neuen oder veränderten Angebots im Sinne des § 11 f III RStV ist nicht erreicht, weshalb das Angebot vom 15. 6. 2011 entgegen der Auffassung von Z nicht schon deshalb rechtswidrig ist, weil die App keinem zusätzlichen Dreistufentest unterworfen wurde. Ein Verstoß gegen § 11 f RStV liegt nicht vor.

## 2. Fehlerhafte Durchführung des Dreistufentests?

Ein Verstoß gegen Art. 11 f RStV liegt aber vor, wenn das Verfahren des Dreistufentests fehlerhaft durchgeführt wurde. Dass das Angebot des NDR den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft nach § 11 f IV 2 Nr. 1 RStV entspricht, wird von Z nicht in Frage gestellt. Gerügt wird vielmehr, dass der NDR mit seinem Angebot über den Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hinausgehe und im Dreistufentest die wirtschaftliche Situation der Z nicht hinreichend berücksichtigt worden sei.

**Hinweis:** Die Regelungen zum Dreistufentest sind vage und bedürfen der verfassungsrechtskonformen Auslegung, was durch Unsicherheiten in der Handhabung der rundfunkverfassungsrechtlichen Vorgaben erschwert wird. Die zentrale Funktion des Rundfunks, die der Staat gewährleisten muss, besteht in der Verbreitung frei zugänglicher, vielfältiger, inhaltlich umfassender und von Staat, Markt und einzelnen gesellschaftlichen Kräften unabhängiger Programme als Voraussetzung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung.<sup>5</sup> Während die Rundfunkfreiheit für das BVerfG eine dienende, auf die objektiv-rechtliche Ausgestaltung einer positiven Ordnung ausgerichtete Freiheit ist<sup>6</sup>, plädieren andere für die Aufgabe dieser Sonderdogmatik, die sich als nicht

<sup>2</sup> LG Köln K&R 2012, 769, 770 f.; insoweit bestätigt von OLG Köln ZUM 2014, 245, 248.

<sup>3</sup> ARD-Genehmigungsverfahren für neue oder veränderte Gemeinschaftsangebote von Telemedien v. 25. 11. 2008, abrufbar unter <http://www.ard.de/download/138906/index.pdf> (10. 9. 2015).

<sup>4</sup> Vgl. Vespermann Der Drei-Stufen-Test: Auftragskonkretisierung per Prozedur, 2011, 248 ff.

<sup>5</sup> BVerfGE 73, 118, 157; 119, 182, 214 f.; 121, 30, 51 f.

<sup>6</sup> Dazu Ladeur/Gostomzyk JuS 2002, 1145.

hinreichend »konvergenztauglich« erwiesen habe.<sup>7</sup> Diese Zweifel setzen sich in der Beurteilung der Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks fort: Halten die einen das Verfahren für die »Freigabe« bestimmter Telemedien unter den radikal veränderten Marktbedingungen des Internet für verfassungswidrig<sup>8</sup>, sehen andere in den nicht durch den »Beihilfekompromiss« vorgegebenen materiellen Verbote wie der Unzulässigkeit presseähnlicher Angebote nach § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV eine problematische Begrenzung des verfassungsrechtlichen Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.<sup>9</sup>

Angesichts der verbreiteten Unsicherheiten in den verfassungsrechtlichen Vorgaben und der Sorge vor einer »Überkonstitutionalisierung« des Rundfunkrechts erweist sich die Auslegung der zentralen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags im Hinblick auf das Angebot von Telemedien als schwierig.<sup>10</sup> Für sendungsbezogene Angebote kann sich der NDR auf einen gesetzlichen Auftrag berufen. Sendungsbezogene – und bereits gesetzlich erlaubte – Telemedien definiert § 2 II Nr. 19 RStV als solche, die der Aufbereitung von Inhalten aus einer konkreten Sendung einschließlich Hintergrundinformationen dienen, soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Angebote thematisch und inhaltlich die Sendung unterstützend vertiefen und begleiten. Weil das Angebot der »tagesschau.de« bzw. der Tagesschau-App jedoch auch nichtsendungsbezogene Inhalte enthält, handelt es sich um ein testpflichtiges Angebot, dass das besondere Verfahren des § 11 f IV-VII RStV durchlaufen muss. Der verfassungsrechtliche Rundfunkauftrag wird durch das zu »genehmigende« Konzept prozedural konkretisiert.<sup>11</sup>

### a) Prozedurale Konkretisierung: Primat des publizistischen Wettbewerbs

Ob Z mit der Rüge, ihre wirtschaftliche Stellung im Angebot kostenpflichtiger »Apps« sei nur unzureichend berücksichtigt worden, durchdringt, hängt davon ab, inwieweit der Dreistufentest auf den Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs zielt. Letztlich kodifiziert der Staatsvertragsgeber hier aber nur die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und verweist in § 11 f IV 2 Nr. 2 RStV auf den Primat des publizistischen Wettbewerbs. Ob das weitgehende Fehlen einer materiellen Programmierung mit subsumierbaren Abwägungskriterien<sup>12</sup> der verfassungsrechtlichen Bestands- und Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und der von ihr geforderten Offenheit geschuldet ist, kann bezweifelt werden.<sup>13</sup>

Zwar begründet und legitimiert das Vielfaltsziel die Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet. Tatsächlich wird diese Expansion jedoch auf ein typisches Wettbewerbsinteresse gestützt, nämlich den Wandel der Interessen der Zuschauer als Nachfrager.<sup>14</sup> Es ist jedoch weitgehend unstreitig, dass der Schutz privater Konkurrenten für sich genommen noch kein überzeugender Grund ist, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk seine Entwicklungsperspektiven abzuschneiden.<sup>15</sup> Das gilt auch für Telemedienangebote und selbst dann, wenn man hier keinen Ausgestaltungsvorbehalt durch Art. 5 I 2 GG anerkennen sollte, folgt aus Art. 12 GG nichts anderes. Auch die Berufsfreiheit schützt nicht vor Konkurrenz und der Schutz vor Konkurrenz legitimiert keine Einschränkung der Berufsfreiheit.<sup>16</sup>

<sup>7</sup> Hain AfP 2012, 313, 316 f.; a. A. Hahn/Vesting/Eifert Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 Rn. 26 ff. Für ein arbeitsteiliges Nebeneinander von Presse- und Rundfunkfreiheit Möllers AfP 2008, 241.

<sup>8</sup> Ladeur ZUM 2009, 906, 914.

<sup>9</sup> Hain Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, 2009, 107.

<sup>10</sup> Wichtig für die Fallbearbeitung ist die sorgfältige Lektüre der §§ 11 d, 11 f RStV. Danach sind drei Zugriffe zu unterscheiden: Bestimmte sendungsbezogene Angebote sind nach § 11 d II Nr. 1 und Nr. 2 RStV bereits kraft Gesetzes dem Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zugewiesen, bedürfen also keiner Durchführung des Dreistufentests. Wollen die Rundfunkanstalten darüber hinausgehen und nichtsendungsbezogene Telemedien nach § 11 d II Nr. 3 RStV anbieten, wird von ihnen unter der Verfahrensherrschaft der Rundfunkräte eine prozedurale Konkretisierung des Auftrags durch den Dreistufentest gemäß § 11 f RStV verlangt. Nicht »genehmigungsfähig« und damit auch nicht durch die Rechtsaufsichtsbehörde nach § 11 f VII RStV legitimierbar sind presseähnliche Angebote im Sinne des § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV.

<sup>11</sup> Plastisch Schulz Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, Media Perspektiven 4/2008, 158.

<sup>12</sup> Krit Wimmer ZUM 2009, 601, 604 f.

<sup>13</sup> Dass das Telemedienangebot des öffentlich-rechtlichen Rundfunks von der Bestands- und Entwicklungsgarantie der verfassungsrechtlichen Rundfunkfreiheit umfasst ist, erweist sich als nicht zwingend. Der Gesetzgeber hat mit § 11 d RStV entschieden, dass aus Vielfaltsgesichtspunkten auch Telemedien vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk angeboten werden dürfen. Das folgt aber nicht schon aus der für den »klassischen« Rundfunk entwickelten Bestands- und Entwicklungsgarantie, sondern ist eine originäre und damit auch revidierbare Entscheidung des Gesetzgebers, mögen die Rundfunkanstalten das vielfach auch anders sehen, statt vieler Neuhoff ZUM 2012, 371, 372 ff.

<sup>14</sup> Lenski Die Verwaltung 45 (2012), 465, 488.

<sup>15</sup> Ehlers/Fehling/Pünder/Fehling, BesVerwR II, 3. Aufl. 2013, § 59 Rn. 59.

<sup>16</sup> Dass die unterschiedliche Konstruktion der Rundfunkfreiheit als »positive Ordnung« oder »individuelle Freiheit« nicht notwendigerweise zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, ist die zentrale These von Eifert JURA 2015, 356, 361 ff. Grundrechtsdogmatisch verschiebt das »liberale« Modell die Maximen für die Gestaltung der Rundfunkordnung freilich auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigungsebene.



Bestätigt wird dieses Ergebnis durch den Vergleich mit dem britischen Public Value Test. Während der Dreistufentest nach § 11f IV RStV ein Qualitätstest ist, handelt es sich beim Public Value Test vorrangig um einen ökonomischen Test auf Verdrängung kommerzieller Angebote durch solche der BBC.<sup>17</sup> Ist im Rahmen des Dreistufentests von Wettbewerb die Rede, steht der publizistische Wettbewerb, nicht aber der wirtschaftliche Wettbewerb im Vordergrund. Man kann es zuspitzen und sagen, dass gerade durch eine Konkurrenz mit den Angeboten der Presseverlage ein publizistischer Mehrwert im Sinne publizistischer Vielfalt erwartet werden kann. Jedenfalls vermag die Ausrichtung des Verfahrens auf Vielfalt im Bereich der Online-Dienste eine Beseitigung kostenloser Angebote des Rundfunks zugunsten kostenpflichtiger Angebote der Presse nicht zu rechtfertigen. Der Dreistufentest zielt auf eine begrenzende Legitimation der Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, will aber nicht Online-Angebote der Presse ermöglichen oder schützen. Trotz aller Erosionsbewegungen, denen die saubere Trennung von Rundfunk und Presse ausgesetzt ist, können sich die handelnden Akteure bislang noch nicht auf eine medienübergreifende »Internetdienstefreiheit« berufen.

## b) Berücksichtigung der marktlichen Auswirkungen

Dass von dem Angebot der Tagesschau-App ein publizistischer Mehrwert erwartet kann, wird von Z nicht bestritten. Man wird ihren Einwand dahingehend zu verstehen haben, dass die von § 11f IV 3 RStV geforderte Berücksichtigung der marktlichen Auswirkungen der Tagesschau-App fehlerhaft gewesen sei. Ob diese als schwache »Berücksichtigungspflicht« ausgestaltete Rechtspflicht vorliegend verletzt wurde, ist jedoch zweifelhaft.

Zwar werden auch Ausgestaltungsgesetze einer angepassten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen und eine eingriffsabwehrrechtliche Konstruktion provoziert die Argumentation mit grundrechtlichen Schutzpflichten zugunsten derjenigen, denen die Rundfunkfreiheit dient, also der Kommunikatoren und Rezipienten. Aber der Vorteil einer Rückführung auf das subjektiv-rechtliche Modell wird darin gesehen, die Argumentation »nicht mehr mit quasi-apriorischen Vorfestlegungen für die Regulierung bestimmter Dienste« zu erhöhen, vgl. Hain AfP 2012, 313, 318. Davon erhofft man sich Druck vom Rundfunkbegriff zu nehmen bzw. dessen Regulierungsregime nicht schon im *Schutzbereich* auf Online-Dienste im Internet erstrecken zu müssen, abgeschwächter Ehlers/Fehling/Pünder/Fehling BesVerwR II, 3. Aufl. 2013, § 59 Rn. 18 mit der Empfehlung, den ausstattungsbedürftigen Rundfunk unter Ausschluss der Telemedien zu definieren.

<sup>17</sup> Neuhoff Rechtsprobleme der Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich, 2013, 272f. 320.

Zwar lässt sich die gesetzgeberische Regelung kritisieren, weil sie verfahrensrechtlich kaum geeignet ist, die unterschiedlichen Interessen überzeugend auszugleichen. Die Gesetzgeber, so lässt sich mit Wimmer<sup>18</sup> sagen, setzen »ihr Vertrauen materiell auf eine faire, unabhängige Gremienentscheidung, die – so unterstellen die Gesetzgeber – imstande ist, von dem soziologisch auf der Hand liegenden Eigeninteresse der Anstalt an Stabilisierung und Wachstum ihrer Organisation abzusehen und zu einer ordnungspolitisch ausgewogenen Entscheidung unter fairer Einbeziehung konfligierender Interessen anderer Marktteilnehmer« zu gelangen. Inwieweit dieser Vertrauensvorschuss strukturell gerechtfertigt und die gesetzliche Regelung gelungen ist, kann hinterfragt werden. Das gilt aber auch für ökonomische Ansätze, die in regelmäßigen Abständen die Abschaffung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks empfehlen, die Sensibilität der Medienordnung aber verkennen.<sup>19</sup> Zur Errichtung einer externen Stelle für die Überwachung des Gemeinwohlaufrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – vergleichbar mit dem britischen BBC Trust – fehlte dem Gesetzgeber der Mut.

Was die Berücksichtigung der marktlichen Auswirkungen des Angebots auf andere Anbieter betrifft, darf der normative Kontext nicht aus dem Blick geraten. Die Ermittlung der ökonomischen Wirkungen des testpflichtigen Angebots ist in ihren publizistischen Folgewirkungen in die Abwägung einzustellen. Selbst wenn hier ein wettbewerbsrechtlicher Ansatz gewählt wird, ist dadurch keine bestimmte Methode vorgegeben, muss doch stets das normative Ziel im Auge behalten werden, zu einer Optimierung der publizistischen Vielfalt beizutragen. Das wird für europarechtlich unbedenklich gehalten und eine Öffnung dieses Kriteriums zugunsten einer Abwägung zwischen ökonomischen und publizistischen Belangen abgelehnt.<sup>20</sup> Das Angebot von Telemedien ist durch den Dreistufentest nicht legitimierbar, wenn es dergestalt auf Angebote der Presseverlage durchschlägt<sup>21</sup>, dass diese vom Markt gedrängt werden, Z also einem Verdrängungswettbewerb ausgesetzt wäre. Davon kann vorliegend indes keine Rede sein.

Letztlich liefern die genannten Kriterien des Dreistufentests keinen verlässlichen Maßstab, der ein Rechtswidrigkeitsurteil des Telemedienkonzepts der Tagesschau-App tragen könnte. Ist den Rundfunkräten eine fehlerhafte Durchführung des Dreistufentests aber nicht vorwerfbar, liegt ein Verstoß gegen § 11f RStV auch insoweit nicht vor. Zwar hat das Konzept der Tagesschau-App den zu ihrer »Freigabe« erforderlichen Dreistufentest nur rechtmäßig durchlaufen, wenn der Rundfunkrat davon ausgehen durfte, dass mit der Tagesschau-App ein Telemedienkonzept

<sup>18</sup> Wimmer ZUM 2009, 601, 606.

<sup>19</sup> Betz Media Perspektiven 2/2015, 58; Binder ZUM 2015, 674.

<sup>20</sup> Hahn/Vesting/Eifert Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11f Rn. 105.

<sup>21</sup> Peters K&R 2009, 26, 30.

vorliegt, das im Ergebnis nicht als presseähnliches Angebot einzuordnen war. Eine in dieser Hinsicht fehlerhafte Einordnung der Tagesschau-App ist aber – zumindest auf der Ebene der Konzeptbildung<sup>22</sup> – nicht ersichtlich.<sup>23</sup>

## II. Verstoß gegen § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV?

Damit ist noch nicht gesagt, dass auch die Umsetzung des Konzepts in der Ausgabe vom 15.6.2011 rechtmäßig ist. Die soeben festgestellte Rechtmäßigkeit des Konzepts erübrigt nicht die Prüfung, ob es sich bei der Umsetzung des Konzepts im Einzelfall um eine rechtmäßige Ausgabe handelt.<sup>24</sup> Bei der Ausgabe vom 15.6.2011 könnte es sich um ein presseähnliches Angebot handeln, das nach § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV unzulässig ist.

### 1. § 2 II Nr. 20 RStV

§ 11 d II Nr. 3 RStV erklärt presseähnliche Angebote für weder gesetzlich erlaubt noch verfahrensrechtlich genehmigungsfähig. § 2 II Nr. 20 RStV definiert »presseähnliche Angebote« als Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass mit der Regelung der Tendenz begegnet werden soll, dass von Rundfunkanstalten angebotene nichtsendungsbezogene Telemedien ihren inhaltlichen und gestalterischen Schwerpunkt in Texten setzen.

<sup>22</sup> Eine gewisse Ähnlichkeit besteht zu den Richtlinien der Rundfunkanstalten nach § 16 f RStV, wobei dessen Einordnung als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften umstritten ist, vgl. Hahn/Vesting/Ladeur Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 16 f Rn. 6 ff. Jedenfalls kommt Regulierungskonzepten ungeachtet ihrer dogmatischen Einordnung als Verwaltungsvorschriften (für § 15 a TKG Kühling JZ 2012, 341, 347; zweifelnd Herzmann VerwArch 104 (2013), 429, 439 f.) eine wichtige Steuerungsfunktion zu, vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Franzious GVwRI, 2. Aufl 2012, § 4 Rn. 21a.

<sup>23</sup> Vgl. Beschluss des NDR-Rundfunkrats v. 25.6.2010, abrufbar unter [http://www.ndr.de/der\\_ndr/unternehmen/gremien/rundfunkrat120.pdf](http://www.ndr.de/der_ndr/unternehmen/gremien/rundfunkrat120.pdf) (10.9.2015), 26 ff. Die Grenzen des Beurteilungsspielraums, der dem Rundfunkrat bei der Konzepterstellung eingeräumt ist, bleiben ausweislich der Kontrolle und Bestätigung des Konzepts durch die Staatskanzlei gewahrt, so dass der Beschluss im Niedersächsischen Ministerialblatt (Nr. 30/2010 v. 24.8.2010, 733 f.) veröffentlicht werden konnte. Zu den Schwierigkeiten, die rechtsaufsichtliche Entscheidung als Verwaltungsakt zu qualifizieren, unten Aufgabe 2.

<sup>24</sup> Anders unter Berufung auf die laufende Programmkontrolle durch die Rundfunkräte Neuhoff ZUM 2012, 371, 380 f.

Systematisch mag sich das Verbot presseähnlicher Angebote allein auf das zu prüfende Konzept beziehen.<sup>25</sup> Sollte aber das als rechtmäßig freigegebene Konzept eine Umsetzung erlauben, die im Einzelfall presseähnliche Angebote zulässt, wäre das Verbot um seiner begrenzenden Wirkungen weitgehend beraubt. Der BGH<sup>26</sup> mahnt deshalb eine Unterscheidung zwischen dem Angebotskonzept und seiner Umsetzung in der konkreten Ausgabe im Einzelfall an. Ebenfalls zutreffend lehnt der BGH eine umfassende Legalisierungswirkung der Freigabeentscheidung der Staatskanzlei ab. Soweit in dieser Entscheidung ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG gesehen wird, kann seine Tatbestandswirkung nicht weiterreichen als das Prüfprogramm der Rechtsaufsichtsbehörde.<sup>27</sup> Vorgelegt, geprüft und bestätigt wird aber allein das Konzept, nicht dessen Umsetzung im Einzelfall.

Weil auch eine konkrete Ausgabe des Angebots nicht presseähnlich sein darf, um vom NDR rechtmäßig online gestellt werden zu können, hat die ganze Last der Abgrenzung der Begriff der »Presseähnlichkeit« zu tragen. Hier bestehen erhebliche Unsicherheiten bezüglich des Vergleichsmaßstabs. Unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 2 II Nr. 20 RStV, ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, dass auf Zeitungen oder Zeitschriften abzustellen ist, also auf die herkömmlichen typischen Printmedien. Kein geeigneter Vergleichsmaßstab ist das App- oder elektronisch zusammengefasste Angebot verschiedener Verlage, das diese ebenfalls anbieten. Denn es kann nicht im Belieben der Verlage stehen, durch eine Ausweitung des eigenen Angebots die Befugnisse des Rundfunks zu beschränken.<sup>28</sup>

**Hinweis:** Für den Vergleichsmaßstab kann auf die Gestaltungsart abgestellt werden. Man könnte für den Rundfunk von bewegten Bildern und Ton ausgehen, als Charakteristika der Presse dagegen Standbilder und Text ansehen. Enger fiel die Abgrenzung aus, wenn nicht schon bloße Text-Bild-Kombinationen als presseähnlich angesehen werden, sondern erst eine presseübliche Darbietung, etwa mit Rubriken, Spalten u.ä. Soweit auf die Unterscheidung nach dem Inhalt abgestellt wird, scheidet eine Abgrenzung nach der Tätigkeit des Veranstalters aus, weil das Kriterium der journalistisch-redaktionellen Veranlassung und Gestaltung kein exklusives Merkmal der Presse ist, sondern auch Telemedienangebote des Rundfunks kennzeichnet. Übrig bleibt die konkrete Präsentationsform: Begreift man schon die klassische Bild-Text-Kombination als presseähnlich, wäre der Zugang des öffentlich-

<sup>25</sup> Hahn/Vesting/Held Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11 d Rn. 142.

<sup>26</sup> Urt. v. 30.4.2015, I ZR 13/14, AfP 2015, 553.

<sup>27</sup> Degenhart AfP 2014, 107, 110 f.

<sup>28</sup> Hahn/Vesting/Schulz Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 2 Rn. 27, 34 mit dem Hinweis, dass das unionsrechtlich nicht geforderte Verbot presseähnlicher Angebote einer verfassungsrechtskonform engen Auslegung bedarf.

*rechtlichen Rundfunks zum Internet erheblich erschwert und würde mit der Entwicklungsoffenheit des Funktionsauftrags kollidieren. Deshalb sei auf das Erscheinungsbild der Presse »als redaktionell bearbeitetes Printmedium mit Text und Standbildern im klassischen Aussehen« abzustellen.<sup>29</sup> Dagegen wiederum spricht, dass nach diesen Maßstäben kaum ein Online-Angebot des Rundfunks als presseähnlich einzustufen wäre.*

Maßgeblich könnte mit dem LG Köln die Frage sein, ob die App zuviel Text enthält. Gestützt wird diese Überlegung durch die Gesetzesbegründung, der sich entnehmen lässt, dass textlastige Beiträge als pressetypisch unerwünscht sind. Jedoch macht die Textorientierung ein Online-Angebot noch nicht per se presseähnlich, sondern erst, wenn die Texte den Rezeptionsmodus prägen. Die rundfunkrechtliche Literatur stellt deshalb nicht nur auf den Vergleich mit den Print-Ausgaben, sondern auch auf deren Gestaltungsmerkmale ab, wobei in Rechnung zu stellen sei, dass der Gesetzgeber in der Ausgestaltung der »positiven Ordnung« dem Rundfunk einen originären, wenn auch prozedural begrenzten Telemedienauftrag erteilt hat.<sup>30</sup> Freilich ist zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Verbot presseähnlicher Angebote um eine der wenigen materiell-rechtlichen Vorschriften handelt, deren Auslegung nicht dazu führen darf, dass sie praktisch leerläuft. Entgegen mancher Stellungnahmen<sup>31</sup> ist ein restriktives Verständnis der Vorschrift verfassungsrechtlich nicht geboten, soll den Rundfunkanstalten in der Umsetzung ihrer geprüften Telemedienkonzepte kein Freibrief zu Lasten der Presse ausgestellt werden.<sup>32</sup>

## 2. Gesamtangebot statt einzelner Beitrag

Bezüglich der Frage, worauf bei der Prüfung abzustellen ist, hebt das LG Köln hervor, dass nicht einzelne Beiträge zu prüfen sind, sondern auf das Gesamtangebot abzustellen ist.<sup>33</sup> Maßgeblich für diese Einschätzung ist die Überlegung, dass der Gesetzgeber erkannt und gewollt hat, dass entsprechende Informationsportale, um ihren Zweck zu erfüllen, aus einer Mischung von sendungsbezogenen

und nichtsendungsbezogenen Informationen bestehen werden. Zu prüfen und zu genehmigen war deshalb ein Gesamtkonzept, bestehend aus beiden Komponenten. Zwar bezieht sich das Verbot der Presseähnlichkeit ausdrücklich nur auf nichtsendungsbezogene Angebote. Gleichwohl wird sich eine Presseähnlichkeit nur in einer Gesamtschau von sendungs- und nichtsendungsbezogenen Inhalten feststellen lassen, weil bei der Beantwortung der Frage der Presseähnlichkeit auf die Sicht des außenstehenden Nutzers abzustellen und zu fragen sei, ob dieser das (Gesamt-)Angebot als »Presseersatz« ansieht. Das wiederum könne nicht anhand eines einzelnen Beitrags beurteilt werden, sondern müsse unter Würdigung des gesamten Auftritts wertend festgestellt werden.

## 3. Perspektive der Nutzers: Ausgabe als Presseersatz?

Wesentlich ist für das LG Köln die Sicht der Nutzer. Presseähnlich ist aus dieser Sicht ein Angebot, das geeignet ist, als »Ersatz« für die Lektüre von Presse im Sinne von Zeitungen oder Zeitschriften zu dienen. Dabei wird im Einklang mit der Begriffswahl »presseähnlich« kein vollständiger Ersatz zu fordern sein, aber doch immerhin eine Informationsdichte und -breite, die an Presseerzeugnisse heranreicht, insbesondere was die Ausführlichkeit im Sinne von Umfang anbelangt.

Das bleibt vage, aber entgegen der Auffassung des NDR sind die von ihm genannten Aspekte nicht geeignet, eine Presseunähnlichkeit zu begründen. Dass am Ende von Beiträgen teilweise Verknüpfungen mit einem audiovisuellen oder einem Hörfunkbeitrag erfolgen, ist dem LG Köln zufolge aus der Sicht des Nutzers irrelevant. Er stelle zunächst auf die Informationen ab, die ihm unmittelbar zugänglich sind. Ebenso untauglich sei der Umstand, dass einige der Beiträge die »Verschriftlichung« von TV- oder Hörfunkbeiträgen darstellen mögen. Das erkenne der Nutzer nicht, er nehme lediglich den Text wahr. Verlinkungen und die Aufnahme von interaktiven Elementen werde er als dem Medium geschuldete zusätzliche Serviceleistungen erkennen, nicht aber abgrenzend als presseunähnlich einstufen.<sup>34</sup>

Bei dieser Einschätzung spielt die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen sendungsbezogenen und nichtsendungsbezogenen Telemedien eine wichtige Rolle. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollen sendungsbezogene Telemedien in weitem Umfang

<sup>29</sup> Papier/Schröder epd Medien 60/2010, 16, 26 ff.

<sup>30</sup> Hain AfP 2012, 313, 322 f.; Hahn/Vesting/Schulz, Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 2 Rn. 170 ff.

<sup>31</sup> Wenig überzeugend von der Ungeeignetheit des Verbots ausgehend Neuhoff Rechtsprobleme der Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich, 2013, 173 f., 318 f.

<sup>32</sup> Enger Hahn/Vesting/Schulz Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 2 Rn. 27; zu weit aber Gersdorf Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, 103 ff.

<sup>33</sup> So auch Papier/Schröder epd Medien 60/2010, 16, 29.

<sup>34</sup> Krit. Hain/Brings WRP 2012, 1495, 1499 f.

und ansatzweise auch ohne Einschränkungen zulässig sein, wenn sie die ausdrücklich genannten Kriterien erfüllen, insbesondere der Sendungsbezug ausdrücklich ausgewiesen ist. Der ausgewiesene Sendungsbezug stelle dem LG Köln zufolge ein wichtiges Kriterium für den Nutzer dar. Er erkenne sofort und zweifelsfrei, dass das Angebot (nur) der thematischen und inhaltlichen Vertiefung einer ganz bestimmten Sendung dient, also kein eigenständiges Angebot darstellt und deshalb Presse nicht »ersetzen« kann. Maßgeblich ist, soweit man das rundfunkrechtlich umstrittene Kriterium des »Presseersatzes« akzeptiert, nicht die wie auch immer zu qualifizierende Textlastigkeit des Angebots, sondern die gestalterische Entsprechung nichtsendungsbezogener Inhalte mit den typischen Merkmalen von Printmedien.<sup>35</sup>

Unter Zugrundelegung dieser allgemeinen Überlegungen kann man zum Ergebnis kommen, dass in der Ausgabe vom 15.06.2011 nach der gebotenen Gesamtschau die »presseersetzenden« Einzelbeiträge einen breiten Raum einnehmen und den Gesamteindruck so wesentlich mitbestimmen, dass das Angebot insgesamt als presseähnlich im Sinne des Gesetzes einzustufen ist, weil es sich dem Nutzer ohne weiteres als »Zeitungersatz« darstellt.<sup>36</sup> Zu bedenken ist entgegen des klageabweisenden Berufungsurteils, dass nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote nicht genehmigungsfähig sind, was den Rundfunkanstalten im materiell nur schwach vorgeprägten Verfahren des Dreistufentests<sup>37</sup> zugunsten der Presse gewisse Grenzen setzen soll. Daher könnte das Angebot vom 15. 6. 2011 nach Maßgabe der vom BGH angemahnten Differenzierung zwischen dem von der Staatskanzlei bestätigten Konzept und der anschließenden Umsetzung durch den NDR im Einzelfall als rechtswidrig betrachtet werden, weil es die Lektüre einer Zeitung funktional ersetzt<sup>38</sup> und damit »presseersetzend« wirkt.<sup>39</sup>

Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass der Vorschlag eines Funktionsäquivalents gerade nicht im Rundfunkstaatsvertrag aufgegriffen wurde. Aber auch dann, wenn dieser pressefreundlichen Auslegung nicht gefolgt wird, kann unter einem Verständnis von »Presse« als mehrheitlich aus Text und/oder Standbildern bestehend und der »Ähnlichkeit« mit dieser, wenn der Schwerpunkt auf pressetypische Gestaltungselemente gelegt wird, eine Presse-

ähnlichkeit bejaht werden. Zwar ist dem NDR die Verwendung von Text nicht untersagt. Nichtsendungsbezogene Telemedien, die ihren Schwerpunkt auf Text legen und in der Gestaltung einer Zeitung entsprechen, dürfen von den Rundfunkanstalten jedoch nicht angeboten werden.<sup>40</sup> Daran ändert die bloße Aufnahme von internettypischen Kriterien wie Verlinkungen und interaktiven Elementen nichts. Stellt man auf das Gesamtangebot der Tagesschau-App ab, enthält die Ausgabe vom 15.6.2011 zu viele Textelemente und erweist sich als presseähnlich, verstößt also gegen § 11 d II Nr. 3 RStV.

An diesem Ergebnis ändert auch die Entscheidung der Staatskanzlei nichts. Soweit in der »Freigabeentscheidung« ein der Bestandskraft zugänglicher Verwaltungsakt gesehen wird, kann seine Tatbestandswirkung nicht weiterreichen als das der erlassenden Behörde aufgegebenes Prüfprogramm. Eben dieses Prüfprogramm ist aber auf das Konzept bezogen, nicht auf die konkreten Inhalte.<sup>41</sup> Ob dies aus rundfunkverfassungsrechtlichen Gründen so sein muss, kann hier dahingestellt bleiben. Einer »Legalisierungswirkung« kann das Konzept, nicht aber deren Umsetzung unterliegen, so dass selbst dann, wenn man mit den Zivilgerichten in § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV eine wettbewerbsrechtliche Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG a. F. sehen sollte, dieses Verbot nicht einfach durch das von der Staatskanzlei bestätigte Konzept unangreifbar wird. Das wirft die Frage auf, inwieweit ein »nicht legalisierungsfähiges« presseähnliches Angebot von den Presseverlagen vor die Gerichte gebracht werden kann.

## Aufgabe 2

# I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, für die keine Sonderzuweisung besteht. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. Maßgeblich sind hier mit den §§ 11 ff. RStV Vorschriften des öffentlichen Rechts. Es handelt sich auch um keine verfassungsrechtliche Streitigkeit und selbst dann, wenn in § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG a. F. gesehen werden sollte, wird dadurch der Zugang zum Ver-

35 Hain/Brings WRP 2012, 1495, 1500; Neuhoß ZUM 2012, 371, 378; Hahn/Vesting/Schulz Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 2 Rn. 175.

36 So das LG Köln K&R 2012, 769.

37 Wimmer ZUM 2009, 601, 607 f., Ladeur ZUM 2009, 906, 912 ff.

38 Gerhardt AfP 2010, 16, 20.

39 LG Köln K&R 2012, 769, 772; zust Fiedler K&R 2012, 795; abl Hain/Brings WRP 2012, 1495.

40 Nawrath MMR 2011, 79, 80 f.

41 Degenhart AfP 2014, 107, 111.



waltungsgericht nicht versperrt. Der Verwaltungsrechtsweg ist mithin eröffnet.

**Hinweis:** Ob eine Klage vor dem Zivilgericht möglich ist, kann vorliegend offen bleiben (und braucht in der Klausur nicht erörtert zu werden). Das LG Köln hat seine Zuständigkeit mit dem Hinweis auf das Vorliegen einer Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG a.F. begründet. Ob das zutrifft, ist mit Blick auf den Dreistufentest, der nach § 11f RStV den Marktzutritt der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten regelt, zweifelhaft. Anders könnte es im Falle der materiellrechtlichen Verbote liegen, also im Fall der ipso iure unzulässigen »presseähnlichen« Angebote nach § 11 d II Nr. 3 RStV. Zu bedenken ist auch, dass die Zivilgerichte überhaupt erst auf den Plan gerufen werden, weil das Rundfunkverfassungsrecht in der Auslegung durch die h.M. subjektive öffentliche Rechte zur Begründung der Klagebefugnis von (privaten) Wettbewerbern nicht anerkennen bereit ist.<sup>42</sup> Die Zivilgerichte versuchen Rechtsschutzlücken zu kompensieren, die erst durch eine restriktive Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte hervorgerufen werden. Diese Situation ist aus dem kommunalen Wirtschaftsrecht bekannt, wo mit der Anerkennung subjektiver Rechte der Rückgriff der Zivilgerichte auf das Lauterkeitsrecht entbehrlich geworden ist.<sup>43</sup> In der Sache spricht auch hier vieles für eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, weil der Dreistufentest für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine Marktzutrittsregel statuiert, die nicht dadurch zu einer Marktverhaltensregel mutieren kann, weil der verwaltungsrechtliche Drittschutz für private Wettbewerber abgelehnt wird.<sup>44</sup>

## II. Anfechtungsklage gegen Freigabeentscheidung?

### 1. Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG?

In Betracht kommt eine Anfechtungsklage gegen die Freigabeentscheidung. Das setzt voraus, dass die Entscheidung der Niedersächsischen Staatskanzlei als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG zu qualifizieren ist. Davon geht das OLG Köln aus, was jedoch mangels Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG<sup>45</sup> auf Kritik stößt.<sup>46</sup>

Die Einordnung der Entscheidung als Verwaltungsakt bereitet mangels einer rundfunkverfassungsrechtlich ausgeschlossenen

Gestaltungswirkung der auf die Kontrolle beschränkten Rechtsaufsichtsbehörde<sup>47</sup> einige Schwierigkeiten. »Erlaubnispflichtig« ist die Tätigkeit des staatsfernen öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht. Deshalb fragt sich, inwieweit eine »Regelung« im Sinne des § 35 VwVfG vorliegt. Das wird mit dem Hinweis auf den in der Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde verorteten Betrauungsakt bejaht<sup>48</sup>, vermag aber nur begrenzt zu überzeugen. Zum einen ergibt sich eine solche Verortung des Betrauungsakts keineswegs zwingend aus der Einstellungsentscheidung der Europäischen Kommission.<sup>49</sup> Zum anderen droht ein Zirkelschluss, wenn vom Erfordernis der Betrauung auf das Vorliegen einer Regelung geschlossen wird.<sup>50</sup> Gleichwohl bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden, insbesondere keine rundfunkverfassungsrechtlichen Bedenken, die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Der Staatskanzlei mit Blick auf die Veröffentlichung des Angebots eine Entscheidungskompetenz einzuräumen, macht sie zu keiner Genehmigungsbehörde und muss die Verfahrensherrschaft des Rundfunkrats nach § 11f VI RStV für den Dreistufentest nicht schmälern.

Nach § 11f VII 2 RStV umfasst die Entscheidung die Erklärung, dass das vom Rundfunkrat geprüfte und von der Staatskanzlei kontrollierte Angebot zu veröffentlichen oder nicht zu veröffentlichen ist, kann also für die Veröffentlichungsfähigkeit des Telemedienangebots als konstitutiv betrachtet werden. Das impliziert die Feststellung, dass der Beschluss des Rundfunkrats und das von ihm beschlossene Angebot rechtmäßig bzw. im negativen Fall rechtswidrig ist.<sup>51</sup> Deshalb erfüllt die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde ungeachtet der hiervon zu unterscheidenen Frage, ob darin der nach Art. 106 II AEUV erforderliche Betrauungsakt liegt, alle Merkmale eines feststellenden Verwaltungsakts.<sup>52</sup> Statthafte Klageart ist somit die Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO.

### 2. Klagebefugnis aus § 11f RStV?

Fraglich ist jedoch, ob Z klagebefugt ist. Inwieweit privaten Wettbewerbern die Klagebefugnis nach § 42 II VwGO eingeräumt ist, erscheint unsicher. § 11f RStV normiert objektives Recht. Das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts wird verneint und auch für verfassungs-

<sup>42</sup> Statt vieler Hahn/Vesting/Eifert Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11f Rn. 34, 201f.

<sup>43</sup> Vgl Franzius JURA 2009, 677, 685.

<sup>44</sup> Ähnlich Peifer GRUR-Prax 2012, 521, 523.

<sup>45</sup> Huber ZUM 2010, 201, 202f.

<sup>46</sup> Wierny ZUM 2014, 196, 197f.; Degenhart AfP 2014, 107, 110, wonach das OLG Köln nicht nur die verwaltungsrechtlichen Grundlagen der rechtsaufsichtlichen Entscheidung verkenne, sondern auch an deren rundfunkrechtlichen Spezifika vorbeigehe.

<sup>47</sup> Dazu Kops/Sokoll/Bensinger Rahmenbedingungen für die Durchführung des Drei-Stufen-Tests, 2009, 63ff.

<sup>48</sup> Dörr ZUM 2009, 897, 899.

<sup>49</sup> Mitteilung an die Bundesregierung v. 24.4.2007, K (2007) 1761 Rn. 373.

<sup>50</sup> Degenhart AfP 2014, 107, 109.

<sup>51</sup> So Hahn/Vesting/Eifert Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11f Rn. 188; a. A. Wierny ZUM 2014, 196, 199.

<sup>52</sup> So auch Dörr ZUM 2009, 897, 903f.; Hain AfP 2012, 313, 322.

rechtlich nicht geboten gehalten, weil subjektive Rechte der privaten Anbieter nur nach Maßgabe der Ausgestaltung der Rundfunkordnung bestehen sollen.<sup>53</sup> Ungeachtet der Kritik am unions- und konventionsrechtlich häufig nur begrenzt für anschlussfähig gehaltenen Modell »dienender« Freiheit<sup>54</sup> ist ein apodiktischer Ausschluss subjektiver Rechte vor dem Hintergrund des »Beihilfekompromisses« und der unionsrechtlich zumindest nahe gelegten Einklagbarkeit des Betrauungsaktes aber angreifbar.

Freilich ist die richtige Verortung des Betrauungsakts unsicher. Die europarechtlich geforderte Betrauung in der (externen) Entscheidung der Staatskanzlei an Stelle des (internen) Beschlusses des Rundfunkrats zu sehen, kann aus verfassungsrechtlichen Gründen in Zweifel gezogen werden. Zwar kann das betroffene Unternehmen nicht selbst über seine unionsrechtlichen Bindungen disponieren, was für eine hoheitliche Betrauung durch die Rechtsaufsichtsbehörde spricht. Das mag Art. 106 II AEUV nahelegen, ist mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Programmautonomie aber nur schwer vereinbar, weshalb der Betrauungsakt in der Entscheidung des Rundfunkrats liegen soll. Der Staatsvertragsgeber hat den Betrauungsakt für Telemedienangebote, die unter den Dreistufentest fallen, zwar der Verwaltung zugewiesen, aber offen gelassen, wer die Betrauung auszusprechen hat.<sup>55</sup> Liegt die Betrauung in der abschließenden Entscheidung des Rundfunkrats nach § 11f VI RStV, wird man ein subjektives öffentliches Recht nur schwerlich annehmen können. Wird der Betrauungsakt dagegen in der Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde nach § 11f VII RStV gesehen<sup>56</sup>, dürfte das Vorliegen eines subjektiven Rechts im Sinne des § 42 II VwGO jedenfalls nicht prinzipiell ausgeschlossen sein.

Sieht man in der Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde den Betrauungsakt, kommt eine unionsrechtliche Modifikation der Schutznormlehre in Betracht. Zwar fordert auch die Kommission in der Einstellungsentscheidung nicht explizit, dass der Betrauungsakt einklagbar sein muss. Aber angesichts der weitreichenden Folgen, durch die Betrauung im Sinne des Art. 106 II AEUV bereits das tatbestandliche Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 107

I AEUV auszuschließen<sup>57</sup>, legt das Unionsprimärrecht eine Anfechtbarkeit der »Freigabeentscheidung« der Staatskanzlei nahe. Auch aus der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV könnte sich die Klagebefugnis der Z bejahen lassen, soweit eine »erhebliche« Wettbewerbsveränderung durch den Betrauungsakt geltend gemacht wird. Ob die Dienstleistungsfreiheit tatsächlich verletzt sein kann, ist allerdings zu bezweifeln. Denn soweit das Handeln des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unter die »Bereichsausnahme« des Art. 106 II AEUV fällt, sind nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur die Regeln des Wettbewerbsrechts, sondern auch die Grundfreiheiten unanwendbar.<sup>58</sup>

Ob das nationale Recht ein subjektives öffentliches Recht der privaten Konkurrenten statuiert, ist umstritten. Der Wortlaut des § 11f IV-VII RStV ist unergiebig und die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass der Schutz von Dritten selbst durch das Recht, eine Stellungnahme abzugeben, nicht beabsichtigt ist.<sup>59</sup> Angesichts dieses negativen Befundes fragt sich, ob aus der Wettbewerbsfreiheit des Grundgesetzes die Klagebefugnis der Z herzuleiten ist. Zwar schützt nach der Rechtsprechung des BVerfG weder die Berufsfreiheit noch die allgemeine Handlungsfreiheit vor Konkurrenz. Wirtschaftliche Chancen sind im Wettbewerb grundsätzlich nicht geschützt. Anders ist es bei einer bestimmten Intensität der Beeinträchtigung, etwa wenn durch einen Verdrängungswettbewerb private Konkurrenz unmöglich gemacht wird. Diese vergleichsweise strengen Anforderungen an einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit werden abgeschwächt, wenn es für das Vorliegen eines subjektiven Rechts ausreichen soll, dass infolge der Betrauung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten mit Telemedien eine »fühlbare« Veränderung der Marktbedingungen zu Lasten des privaten Konkurrenten möglich ist.<sup>60</sup>

Die Frage nach dem Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts hat ungeachtet der Zweifel, inwieweit die Wettbewerbsfreiheit, die nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>61</sup> die Teilnahme am Wettbewerb nur nach Maßgabe seiner Funktionsbestimmungen sichert, zur Begründung subjektiver Rechte weiterhilft, die rundfunkverfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten: Danach kann es subjektive Rechte nur nach Maßgabe der gesetzgeberischen Ausgestaltung geben.<sup>62</sup> Nutzerrückgänge durch öffentlich-

<sup>53</sup> Hahn/Vesting/*Eifert* Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11f Rn. 34, 201f.

<sup>54</sup> Trotz unterschiedlicher Konzeptionen lassen sich die Maßgaben des Konventionsrechts und des nationalen Rechts im Ergebnis durchaus miteinander harmonisieren, vgl *Schimke* Hamburger Rechtsnotizen 2015, 138 (140 ff.). Für das Unionsrecht gilt das wegen seines Vorrangs nicht in gleicher Weise.

<sup>55</sup> Unklar Hahn/Vesting/*Eifert* Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11f Rn. 191.

<sup>56</sup> So die wohl hM, vgl *Dörr* ZUM 2009, 897, 899; *Hain/Brings* WRP 2012, 1495, 1497.

<sup>57</sup> Zur Verlagerung der Wertungen aus der Rechtfertigung in den Tatbestand der Beihilfe *Franzius* Gewährleistung im Recht, 2009, 558 ff.

<sup>58</sup> EuGH, Rs C-157/94 Strommonopole, Slg 1997, I-5768 Rn. 32.

<sup>59</sup> Begründung zum 12. RÄndStV, LT-Drs By 16/260,19; krit *Wimmer* ZUM 2009, 601, 609 f.

<sup>60</sup> So *Dörr* ZUM 2009, 897, 905.

<sup>61</sup> BVerfGE 115, 205, 229.

<sup>62</sup> Hahn/Vesting/*Eifert* Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11f Rn. 34, 201f.

rechtliche Konkurrenz begründen allein noch keinen mittelbaren Eingriff in Art. 5 I 2 GG.<sup>63</sup> Welche Intensität verlangt wird, um von einem abwehrfähigen Eingriff in die Pressefreiheit zu sprechen, ist unsicher. Jedenfalls kann die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG keinen weitergehenden Schutz privater Wettbewerber begründen, weil die Ausgestaltung der Rundfunkordnung auch die Berufsfreiheit mit ausgestaltet.<sup>64</sup> Kommt es auf die Ausgestaltung der positiven Ordnung an, lassen sich aus den wirtschaftlichen Grundrechten der Presseverlage keine subjektiven öffentlichen Rechte auf Abwehr »genehmigter« Telemedienkonzepte herleiten.

Deshalb dürften im Ergebnis die besseren Argumente für eine Verneinung eines subjektiven öffentlichen Rechts der Z zur Begründung der Klagebefugnis für die Angreifbarkeit der Freigabeentscheidung sprechen. Dieses Ergebnis scheint europarechtlich noch vertretbar zu sein, mag das überkommene Verständnis der Rundfunkfreiheit als dienender Freiheit auch keine generelle »Sperr« gegenüber der unionsrechtlich begründeten Anerkennung subjektiver Abwehrrechte sein.

Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass mangels Klagebefugnis der Z eine Anfechtungsklage gegen die Freigabeentscheidung der Niedersächsischen Staatskanzlei unzulässig ist (ein anderes Ergebnis ist gut vertretbar).

### III. Unterlassungsklage gegen die Umsetzung vom 15. 6. 2011?

Anders könnte die Zulässigkeit einer Klage gegen die Umsetzung des Konzepts in der Ausgabe der Tagesschau-App vom 15. 6. 2011 zu beurteilen sein. Mangels Vorliegen eines Verwaltungsakts kommt gegenüber diesem Realhandeln des NDR eine allgemeine Leistungsklage in der Form der vorbeugenden Unterlassungsklage in Betracht.<sup>65</sup>

#### 1. Konzept und Umsetzung

Das verfassungsrechtliche Gebot der Staatsferne lässt es nicht nur problematisch erscheinen, in der Entscheidung

der Staatskanzlei den Betrauungsakt zu erblicken, sondern begrenzt auch die präventive Kontrolle von journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedienangeboten durch den Rundfunkrat. Denn die verfassungsrechtlich geschützte Programmautonomie umfasst nicht nur den Inhalt, sondern auch die Form des Inhalts.<sup>66</sup> Hier liegt ein Grund, warum es der Prüfung durch den Dreistufentest nicht um einzelne Angebote, sondern nur um ein Konzept gehen kann, dessen Umsetzung konzeptgemäß erfolgen muss, aber keiner umfassenden »Legalisierung« zugänglich ist. Ungeachtet der Frage, inwieweit das Verbot presseähnlicher Angebote nach § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV eine Marktverhaltensregelung im Sinne des eine Zuständigkeit der Wettbewerbsgerichte begründenden § 4 Nr. 11 UWG a. F. ist, kommt eine Legalisierung des Verhaltens durch die Freigabeentscheidung nicht in Betracht. Denn eine Tatbestandswirkung des feststellenden Verwaltungsakts (siehe oben) kann sich nur auf das geprüfte Konzept, nicht aber dessen Umsetzung beziehen.<sup>67</sup>

#### 2. Klagebefugnis aus § 11 d II Nr. 3 RStV?

Z müsste jedoch klagebefugt sein, was nach § 42 II VwGO das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts voraussetzt. Insoweit stellt sich die Frage, ob Z der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zustehen kann.

##### a) Analogie zu § 42 II VwGO

Rechtsprechung und Literatur fordern für die Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO. Ob der Analogieschluss gerechtfertigt ist,

<sup>66</sup> BVerfGE 119, 181, 218 f.

<sup>67</sup> Das von den Studierenden in den Kernaussagen als bekannt vorausgesetzte, zum Zeitpunkt der Klausur aber noch nicht veröffentlichte Urteil des BGH vom 30. 4. 2015 AfP 2015, 553 differenziert zwischen dem freigegebenen Konzept und der Umsetzung des Konzepts in der konkreten Ausgabe vom 15. 6. 2011. Anders als das OLG Köln annahm, erstreckt sich eine Legalisierungswirkung der rechtsaufsichtlichen Entscheidung nicht auf die Durchführung des Konzepts. Ob die Zivilgerichte die Konzeptumsetzung auf das Vorliegen unzulässiger presseähnlicher Angebote überprüfen können, hängt davon ab, inwieweit § 11 d II Nr. 3 RStV eine Marktverhaltensregelung enthält, die einen Unterlassungsanspruch der Wettbewerber nach § 4 Nr. 11 UWG a. F. begründet, abl. Hain/Brings AfP 2016, 11, 12 f. Diese Frage bejaht der BGH und sichert damit wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutz der Presseverlage gegenüber der Expansion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet, droht aber das allgemeine Wettbewerbsrecht mit rundfunkrechtlichen Aufgaben zu überfrachten, vgl. Lenski Die Verwaltung 45 (2012), 465, 488.

<sup>63</sup> Hahn/Vesting/Held Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11 d Rn. 148.

<sup>64</sup> Vesting Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, 234. Zur Ausgestaltungsgesetzgebung Ruck AöR 117 (1992), 543.

<sup>65</sup> Angesichts der dynamischen, sich von Tag zu Tag ändernden Angebote kann auch eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO erwogen werden.

erscheint jedoch zweifelhaft. Jedenfalls droht eine Überstrapazierung des Erfordernisses subjektiver Rechte im Lichte des abwehrrechtlichen *bourgeois* den Herausforderungen der Europäisierung und Internationalisierung des Verwaltungsrechts nicht gerecht zu werden. Mag die überkommene Schutznormlehre auch nicht aufgegeben werden müssen, so sind Anpassungen der Lehre vom subjektiven Recht, das sich nicht länger pauschal der objektiven Rechtskontrolle gegenüberstellen lässt, doch unverkennbar.<sup>68</sup> Zu hohe Anforderungen an das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts gilt es zu vermeiden.

#### **b) Verbot presseähnlicher Angebote zugunsten der Presse**

Dass das Verbot presseähnlicher Angebote nach § 11 d II Nr. 3 RStV zumindest auch zugunsten der Presse normiert ist, wird man kaum bezweifeln können. Ob hierdurch aber den betroffenen Presseverlagen ein subjektives öffentliches Recht verliehen wird, das diese in den Stand versetzen, das Verbot gerichtlich durchzusetzen, ist umstritten. Das Verbot nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote grenze den Bereich ab, in dem der Gesetzgeber den internen Gremien ermöglicht, den Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch entsprechende Entscheidungen beim Dreistufentest zu konkretisieren.<sup>69</sup> Anders als die Negativlisten des § 11 f V RStV wird das Verbot presseähnlicher Angebote objektiv-rechtlich verstanden, soll aber keine subjektiven Rechte der Wettbewerber begründen. Eben das provoziert die »Flucht« zu den Zivilgerichten, die mit einem Unterlassungsanspruch nach § 4 Nr. 11 UWG »aushelfen« und das Verbot jedenfalls im Hinblick auf die Konzeptumsetzung als wettbewerbsrechtliche Marktverhaltensregelung verstehen. Anderenfalls wären die Wettbewerber des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vor den Gerichten rechtsschutzlos gestellt.

Überzeugend ist diese restriktive Interpretation subjektiver Rechte nicht, soll das Verbot presseähnlicher Angebote nicht gesetzgeberische Rhetorik bleiben. Mag der

Dreistufentest als Verfahren in Ermangelung eines materiellen Rechts auch nicht angreifbar und die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde gerichtlich nicht anfechtbar sein, so ist dies bei dem Verbot presseähnlicher Angebote nach § 11 d II Nr. 3 RStV anders, ein Wertungswiderspruch aber zu verneinen. Zwar spricht der systematische Kontext dafür, in dem Verbot eine Grenze des Funktionsauftrags für Telemedien zu sehen, die auch das erfolgreiche Durchlaufen des Dreistufentests nicht zu überwinden vermag. § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV gehört zu den wenigen materiell-rechtlichen Normen zur Begrenzung des Auftrags öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, weshalb die Durchsetzbarkeit der Norm nicht allein in deren Hände gelegt werden kann. Zudem eröffnet die Anerkennung eines subjektiven Rechts, das eine gewisse Intensität der Marktbeeinträchtigung verlangen mag, die Möglichkeit einer inzidenten Überprüfung unmittelbar nicht angreifbarer Telemedienkonzepte.<sup>70</sup> Anders als § 11 f IV-VII RStV verleiht § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV der Z ein subjektives öffentliches Recht auf Unterlassung presseähnlicher Angebote. Mithin ist die auf die Unterlassung der Ausgabe vom 15. 6. 2011 gerichtete Leistungsklage zulässig.

## **IV. Ergebnis**

Z kann gegen die Freigabeentscheidung der Niedersächsischen Staatskanzlei nicht gerichtlich vorgehen. Es fehlt an einem subjektiven Recht, das als verletzt gerügt werden könnte. Anders verhält es sich mit der Klage gegen die Umsetzung des Konzepts in der Ausgabe der Tagesschau-App vom 15. 6. 2011. Hiergegen kann Z mit der allgemeinen Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht vorgehen. Sie ist auch klagebefugt, weil das Verbot presseähnlicher Angebote nach § 11 d II Nr. 3 Hs. 3 RStV nicht bloß eine objektive Aufgabenbegrenzung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks enthält, sondern auch ein subjektives Recht der betroffenen Presseverlage statuiert.

<sup>68</sup> Franzius DVBl 2014, 543 mit Blick auf BVerwGE 147, 312.

<sup>69</sup> Hahn/Vesting/Held Rundfunkrecht, 3. Aufl 2012, § 11 d Rn. 148.

<sup>70</sup> Wierny ZUM 2014, 196, 201.